



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

JOÃO FELIPE DE OLIVEIRA BRITO BLOM

**A TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO NA TUTELA
JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Brasília/ D.F.
2013

JOÃO FELIPE DE OLIVEIRA BRITO BLOM

**A TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO NA TUTELA
JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.
Orientador: Me. Ivan Cláudio Pereira Borges.

**Brasília/ D.F.
2013**

JOÃO FELIPE DE OLIVEIRA BRITO BLOM

**A TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO NA TUTELA
JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.
Orientador: Me. Ivan Cláudio Pereira Borges.

Brasília, Outubro de 2013.

Banca Examinadora

Me. Ivan Cláudio Pereira Borges.
Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

Ao meu pai João, minha mãe Elisabeth e ao meu melhor amigo, Carlos Eduardo.

AGRADECIMENTO

Agradeço, especialmente, ao meu orientador pelo incentivo e paciência na condução dos estudos.

Agradeço a Ana Flávia pelo apoio incondicional demonstrado ao longo dessa jornada.

*“Um sonho sonhado sozinho é sonho. Um
sonho sonhado junto é realidade”.*

Raul Seixas

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a existência de uma tensão entre o princípio democrático e o princípio constitucionalista na tutela judicial dos direitos fundamentais sociais no contexto da democracia constitucional brasileira, bem como a legitimidade do papel do Poder Judiciário nas decisões que buscam efetivar essa categoria de direitos fundamentais. Dessa forma, esta monografia traça um panorama do paradoxo entre democracia e Estado de Direito nas democracias constitucionais, as correntes procedimentalistas e substancialistas da constituição como tentativas de resposta a essa tensão, assim como uma análise dos direitos fundamentais em um regime democrático e as peculiaridades dos direitos fundamentais sociais, sobretudo os de caráter prestacional. Busca, sobretudo, demonstrar a aparente tensão específica entre o princípio da soberania popular e a proteção (e concretização) judicial dos direitos fundamentais sociais conferidos pela Constituição Federal de 1988 bem como a legitimidade do Poder Judiciário na defesa dos direitos sociais.

Palavras-chaves: Democracia. Constitucionalismo. Direitos fundamentais. Direitos sociais. Poder Judiciário.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL: TENSÕES E PARADOXOS ENTRE DOIS PRINCÍPIOS EM UM MESMO SISTEMA POLÍTICO	8
1.1 O Estado Democrático de Direito: o encontro entre o princípio constitucional e o princípio democrático	8
<i>1.1.1 O princípio constitucionalista</i>	<i>8</i>
<i>1.1.2 O princípio democrático.....</i>	<i>10</i>
1.2 A tensão e o paradoxo entre o princípio democrático e o princípio constitucionalista..	13
<i>1.2.1 O paradoxo de Rousseau.....</i>	<i>13</i>
<i>1.2.2 A crítica de Carl Schmitt</i>	<i>14</i>
<i>1.2.3 A tensão entre jurisdição constitucional, cláusulas pétreas e o princípio democrático.</i>	<i>15</i>
1.3 A concepção substancialista (ou substantiva) e a procedimentalista da constituição	20
<i>1.3.1 A concepção procedimentalista da democracia deliberativa.....</i>	<i>21</i>
<i>1.3.2 A teoria substancialista da constituição.....</i>	<i>27</i>
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO ÂMBITO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E SEUS ASPECTOS.....	32
2.1 Direitos fundamentais e democracia.....	32
2.2 Os direitos sociais como direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira..	34
2.3 Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988	37
2.4 Os direitos fundamentais sociais positivos (ou prestacionais) e seu objeto	39
2.5 A natureza e relevância econômica dos direitos sociais prestacionais.....	40
<i>2.5.1 O custo dos direitos fundamentais</i>	<i>42</i>
<i>2.5.2 O “maior custo” dos direitos fundamentais sociais prestacionais.....</i>	<i>43</i>
3 A TENSÃO ENTRE A TUTELA JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A POSSIBILIDADE DE SUA CONCRETIZAÇÃO	46
3.1 Democracia e tutela judicial dos direitos sociais prestacionais	46
3.2 A legitimidade do poder judiciário na tutela dos direitos fundamentais sociais	49
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico versa sobre a tensão existente entre o princípio democrático e o princípio constitucionalista, no contexto da democracia constitucional brasileira, na tutela judicial dos direitos fundamentais sociais. Este estudo possui importante relevância na compreensão do problema da efetivação dos direitos sociais trazidos na Constituição Federal de 1988. Para tanto a metodologia utilizada para desenvolver o presente trabalho foi a dogmática-instrumental abrangendo, principalmente pesquisa bibliográfica. O presente trabalho, desenvolvido em três capítulos, buscou demonstrar a referida tensão, apresentando a visão substancialista e procedimentalista da constituição, bem como expor os direitos sociais na Lei Maior de 1988 e suas peculiaridades, assim como, ao final, traçar a suposta “tensão democrática” específica na tutela judicial desses direitos e, utilizando-se de uma concepção substancialista, demonstrar a legitimidade democrática dessa atuação do Poder Judiciário.

O primeiro capítulo versa sobre a tensão entre democracia e constitucionalismo no contexto de uma democracia constitucional contemporânea, onde se faz necessário expor algumas noções de democracia e Estado Direito, o pensamento de alguns autores clássicos, bem como as tensões específicas do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário e a existência de limites materiais ao poder democrático de reforma. Ademais apresenta os pontos principais das correntes procedimentalistas e substancialista.

O segundo capítulo analisa a relação desta tensão com os direitos fundamentais, examina os direitos sociais consagrados no texto constitucional pelo legislador constituinte, bem como procura tecer algumas considerações acerca da fundamentalidade dos direitos sociais. Igualmente, analisa as peculiaridades dos direitos sociais prestacionais, sobretudo no que tange a sua relevância econômica.

Por fim no terceiro capítulo, será analisada a tensão entre democracia e constitucionalismo de forma específica na tutela judicial dos direitos sociais bem como apresentar a legitimidade dessa atuação do Poder Judiciário no seio do regime democrático brasileiro.

1 O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL: TENSÕES E PARADOXOS ENTRE DOIS PRINCÍPIOS EM UM MESMO SISTEMA POLÍTICO

1.1 O Estado Democrático de Direito: o encontro entre o princípio constitucional e o princípio democrático

Entende-se como Estado Democrático de Direito, não obstante algumas variações semânticas¹, o Estado organizado politicamente onde o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, através do sufrágio universal e voto secreto e direto, para o exercício de mandatos periódicos, bem como um Estado, submetido à uma constituição que limita e organiza o exercício desse poder, e assegura aos particulares direitos considerados fundamentais².

A concepção de Estado Democrático de Direito, princípio acolhido pela Constituição Federal de 1988 em seu Art. 1º³, é a fusão, fruto da dialética histórica, de dois conceitos que se aproximam, mas não se confundem (na verdade, a *prima facie*, se colidem como se verá no presente Capítulo e no decorrer do trabalho) que é o de constitucionalismo (Estado de direito) e democracia⁴. Verificaremos a seguir, as características principais desses dois princípios.

1.1.1 O princípio constitucionalista

Constitucionalismo significa, em seu âmago e em sua acepção clássica liberal de Estado de Direito, um sistema cujas características básicas são: (a) *submissão ao império da lei e limitação da lei* (Estado de Direito, *Rule of Law*, *Rechtsstaat*); (b) *divisão de poderes*; (c) *garantia dos direitos fundamentais*⁵. Tais exigências permanecem, ainda, como postulados básicos do modelo clássico constitucionalista de Estado de Direito, que configura

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149.

² Ibidem, p. 150.

³ CF/88 art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...].

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 880.

⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 112-113.

uma grande conquista do liberalismo⁶, após séculos de guerras, lutas e sofrimentos, na permanente contenda por novas liberdades contra velhos poderes⁷.

Antes de tornar-se um princípio de direito constitucional, consagrado em quase todas as ordens jurídicas dos Estados Liberais, a ideia de direitos acima do poder, surge, em uma primeira fase, no âmbito do direito administrativo, designando um modelo de relação entre a lei, a administração pública e o indivíduo (ou súdito, em se tratando, neste momento, em um ainda Estado absolutista)⁸.

Essa transição do campo do direito administrativo ao campo do direito constitucional converteu o princípio da supremacia do direito em autêntico sinal de legitimidade para todo o sistema jurídico. Este sinal pode ser percebido hoje em dia quando se fala que o Estado de Direito não é qualquer Estado, mas apenas aquele que viva sobre o império da lei.

A concepção liberal que originou o modelo constitucionalista de Estado de Direito, após a Revolução Francesa de 1789, formulou um conceito orientado contra o Estado absolutista, sendo sua função principal estabelecer e manter o império do direito, estando o poder rigorosamente limitado e definido por este, sob a forma de uma constituição. Significou, dessa forma, uma limitação do poder estatal mediante a lei e a garantia dos primeiros direitos fundamentais, no célebre⁹ artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que consistiam basicamente em abstenções por parte do estado na esfera da liberdade e propriedade dos cidadãos. São os chamados direitos negativos.

Essa concepção acolhia às reivindicações e interesses apenas de uma classe, a burguesia recém-instalada no poder, o que, acabou levando a uma desintegração do novo modelo de Estado já que, tal classe, detentora do poder econômico, acabara tomando para si o poder político e transformando o Estado de Direito, em ferramenta para realização/legimitação da ideologia puramente liberal¹⁰. Portanto, o Estado de Direito liberal-burguês, tornou-se insuficiente para proteger os direitos e as liberdades de todas as classes,

⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 112-114.

⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 6.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47.

⁹ MENDES, op. cit., p. 46.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 46.

uma vez que os direitos fundamentais, consagrados neste modelo de Estado, na referida Declaração de Direitos, caracterizavam, principalmente com os direitos de uma minoria dominante.

A necessidade da ampliação desses direitos às outras classes sociais produziu juntamente com outros fatores a transação do Estado de Direito liberal-burguês para o Estado social de Direito, caracterizado este como um modelo de Estado de Direito que superasse o individualismo, mediante a intervenção estatal e o reconhecimento de uma segunda geração de direitos fundamentais, os chamados direitos fundamentais sociais, de natureza prestacional¹¹.

Estabelecido o Estado Social de Direito, este modelo, assim como o Estado Liberal de Direito, não conseguiu superar suas insuficiências o que, acabou levando à terceira forma de Estado de Direito, o Estado Democrático de Direito, cujo seio se consagraria a concordância dos valores e princípios liberais, sociais e democráticos¹².

Temos, dessa forma, em linhas gerais, a evolução do princípio constitucionalista desde sua concepção clássica liberal de Estado de Direito até o modelo de hoje. Veremos agora alguns apontamentos acerca do princípio democrático.

1.1.2 O princípio democrático

Democracia, em aproximação sintética, consubstancia-se na clássica concepção de Abraham Lincoln de que a “democracia é governo do povo, pelo povo e para o povo”¹³. É um processo de convivência social, onde o poder público emana do povo sendo exercido direta ou indiretamente, pelo povo e para o povo. Norberto Bobbio define a democracia como um conjunto de regras que tem por escopo a composição de ideias contando com a máxima participação possível dos interessados de uma mesma comunidade política¹⁴.

¹¹ DÍAZ, Elías. Estado de derecho y sociedade democrática. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47.

¹² MENDES, op. cit., p. 46.

¹³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 126.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 22.

Toda democracia, para ser denominada como tal, necessita que o poder resida na vontade popular que se traduz na fonte do exercício do poder¹⁵. Há a necessidade obrigatória de um vínculo entre povo e poder.

A teoria democrática volta-se contra a monarquia e aristocracia, uma vez que, acompanhando a taxonomia de Aristóteles, visa institucionalizar um governo de muitos, e não um governo de poucos¹⁶. Desta forma, os estados democráticos fundam-se no arquétipo de autodeterminação coletiva, já que, sendo o povo detentor da fonte do poder, ou seja, sendo o povo soberano, as decisões coletivas de cunho coercitivo devem ser tomadas por todos que estão sujeitos aos seus imperativos¹⁷.

Essa perspectiva correlaciona-se com a acepção de que o cidadão deve portar o papel de destinatário e autor do direito, de tal forma que o cidadão apenas se vincula a normas de cuja formação participou em igualdade de condições com os outros membros de uma comunidade política¹⁸.

O modelo de autodeterminação coletiva, que se assenta na teoria democrática, encontra-se (i) no princípio do idêntico valor peculiar a todos os indivíduos partícipes da sociedade democrática, de tal forma que os interesses, as concepções e ideologias de cada um, hão de dignos de igual consideração e respeito e (ii) na convicção de que o indivíduo é o melhor árbitro de seus próprios interesses, tendo predisposição de realizar, com a devida responsabilidade ética, suas escolhas morais¹⁹.

O princípio democrático, portanto, se traduz na idéia de soberania popular, onde todo poder emana do povo, conforme articulação expressa do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988²⁰. Como consequência, o poder político deve caber às maiorias que se associam a cada época. Nas democracias representativas, como no Brasil, o sistema permite que, periodicamente, o povo se manifeste para eleger seus representantes, sendo o Poder Legislativo e o Poder Executivo compostos por integrantes eleitos pelo voto

¹⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 133.

¹⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36.

¹⁷ Ibidem, p. 36.

¹⁸ Ibidem, p. 36.

¹⁹ DAHL, Robert. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36.

²⁰ CF/88, art. 1º, parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

popular, e os integrantes do Poder Judiciário escolhidos, em regram por critérios não-eletivos²¹.

Desta, forma, à luz do princípio democrático de autogoverno, a idéia do governo da maioria, da soberania popular, se realiza, principalmente, na atuação do Executivo e Legislativo, aos quais, sob o crivo do voto popular, compete a produção legislativa, a elaboração e execução de políticas públicas, a alocação de recursos entre outras competências que fazem parte da agenda democrática de uma nação.²²

Sintetizando o que foi exposto até o momento, o princípio constitucionalista do Estado de Direito, traduz-se no respeito ao império da lei, sobretudo no respeito aos direitos fundamentais elencados nas constituições, e o princípio democrático representa a soberania popular, o governo em que a maioria elege seus representantes. Esses princípios que formam o Estado Democrático de Direito, verdadeiro modelo institucional de justiça política nas sociedades contemporâneas, não obstante representarem, sob perspectiva empírica, robusto grau de interdependência, aparentando quase que algo sem sentido, conceber uma democracia não-constitucional²³, guardam em seu cerne uma tensão entre compromissos que se chocam²⁴. Essa tensão e os paradoxos em torno desses princípios formadores de um mesmo modelo de Estado serão vistos no subitem que se segue.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 882.

²² Ibidem, p. 883.

²³ Principalmente se levarmos em conta alguns autores que concebem uma teorização da democracia que se confunde com a concepção de Estado de Direito, tanto em sua forma liberal como em sua forma social. Alguns autores como José Afonso da Silva e Claude Julien, ao conferir pressupostos teóricos para a democracia, afirmam que esta regime de governo pressupõe a garantia de direitos fundamentais e uma busca incessante pela justiça social, fundamentando-se na garantia da igualdade. Essas assertivas se confundem com os princípios do Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito. Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Especialmente no capítulo III, item II. e JULIEN, Claude. *O suicídio das democracias*. Rio de Janeiro: Arte Nova, 1975. p. 23.

²⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 33.

1.2 A tensão e o paradoxo entre o princípio democrático e o princípio constitucionalista

1.2.1 O paradoxo de Rousseau

Nas sociedades ocidentais contemporâneas, a democracia constitucional é considerada verdadeiro arquétipo de um estado justo e organizado²⁵. Pode-se caracterizar em um modelo de estado que adequa o regime democrático, sob o domínio do direito, com a garantia de alguns direitos considerados fundamentais pelo processo constituinte originário, colocados sob a proteção de um Poder Judiciário independente²⁶.

Esse modelo de Estado objetiva corresponder a certas aspirações políticas que se apresentaram de modo recorrente no caminho evolutivo das sociedades humanas²⁷ e que pode ser resumidas na célebre conjectura de Jean-Jacques Rousseau²⁸:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes²⁹.

A fórmula proposta pelo filósofo genebrino encerra duas finalidades que se colidem: o Estado deve: (a) proteger as liberdades dos particulares e seus bens e b) estar submetida por regras jurídicas oriundas de um processo legislativo que se abre aos associados³⁰. A clareza da proposta do autor do *Contrato Social*, associando esses dois objetivos do liberalismo político, esconde o paradoxo existente entre constitucionalismo e democracia de tal forma que fez com que o jurista norte-americano Frank Michelman, denominasse tal conjugação como “o paradoxo de Rousseau”³¹.

O paradoxo consiste que, embora ambos os princípios vinculem-se a exigência de legitimidade no exercício do poder político, o princípio constitucionalista se apoia ao alcance deste poder (até que ponto pode o poder público ordenar sobre a vida do povo), à medida que o princípio democrático se atém a fonte deste poder (quem deve dispor

²⁵ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 15.

²⁶ MENDES, Hübner Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75.

²⁷ MELLO, op. cit., p. 15.

²⁸ Ibidem, p. 17.

²⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 20.

³⁰ MELLO, op. cit., p. 17.

³¹ MICHELMAN, Frank. *Brennan and democracy*, 2005. Disponível em: <<http://press.princeton.edu/chapters/s6759.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2013.

tais normas), de maneira que, enquanto o primeiro direciona a limitação do poder público, o segundo redundando no seu fortalecimento³².

Esse problema está concentrado no denominado caráter contra majoritário da atribuição de blindagem e entrincheiramento de direitos fundamentais e valores fundamentais promovidos pelo sistema constitucional em relação à democracia³³. A tensão entre esses dois elementos do Estado Democrático de Direito revela que, quando se eleva o papel da constituição em uma democracia, acontece uma retração no princípio democrático, e vice-versa. Nesse sentido, Daniel Sarmiento assevera que:

Por um lado, constitucionalismo (limitação de poder) em excesso pode asfixiar a vontade popular e frustrar a autonomia política do cidadão, como coautor de seu destino coletivo. Por outro, uma “democracia” sem limites tenderia a pôr em sério risco os direitos fundamentais da minoria, bem como outros valores essenciais, que são condições para a manutenção ao longo do tempo da própria empreitada democrática. Teríamos aqui, provavelmente um projeto suicida³⁴.

Verifica-se, portanto que conciliar democracia e constitucionalismo, constitui-se em uma tarefa tão complexa quanto problemática.

1.2.2 A crítica de Carl Schmitt

O jus-filósofo alemão Carl Schmitt foi um dos primeiros a argumentar que esses dois princípios, integrantes de um mesmo modelo de Estado, não se implicam precisamente, tampouco são facilmente conciliáveis³⁵. Schmitt acreditava que o ideal liberal do Estado de Direito agregava teses e posições de dois movimentos diferentes da modernidade: o movimento burguês que buscava estabelecer garantias individuais em face do Estado Absolutista e o movimento democrático que buscava substituir a legitimação dinástica pela legitimação democrática³⁶.

³² BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 33.

³³ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 232.

³⁴ SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência. In: TAVARES. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9.

³⁵ ARRUDA, José Maria. *Os paradoxos da democracia no liberalismo: crítica à concepção liberal de estado de direito a partir de Carl Schmitt*. João Pessoa: Problemata, 2011. p. 105. v. 2.

³⁶ *Ibidem*, p. 106.

Concebendo uma apurada genealogia jurídica e pesquisando a teologia política por trás do liberalismo, Carl Schmitt concluiu que: a) existe uma tensão insuperável entre democracia e liberalismo; b) a idéia de Estado de Direito não era uma concepção neutra, imparcial e com verdadeiros fins sociais, como divulgavam seus defensores, mas puramente a expressão da ideologia burguês-liberal. Diante dessas conclusões, Carl Schmitt voltou o seu pensamento a “limpar” a democracia de sua forma liberal³⁷.

Hans Kelsen também alertava que na democracia liberal, um dos tipos possíveis de democracia para o jusfilósofo alemão, o princípio da democracia e o princípio do liberalismo não se confundem, existindo até um certo antagonismo entre eles, uma vez que o primeiro propõe a soberania popular irrestrita, enquanto o segundo propõe a contenção do poder governamental, ou seja, a próprio poder democrático³⁸.

A assimilação dessa concorrência entre os dois princípios acaba por gerar doutrinas teóricas e práticas de balanceamento, com o fito gerar uma convivência otimizada entre eles no sistema como um todo³⁹. Apesar disso, essas correntes acabam presumindo a supremacia de um princípio em detrimento de outro como as correntes procedimentalistas (de ênfase no princípio democrático) e nas correntes substancialistas ou substantivas (de destaque ao princípio constitucionalista), como se verá em tópico especial.

1.2.3 A tensão entre jurisdição constitucional, cláusulas pétreas e o princípio democrático

A agregação entre um extenso e complexo inventário de princípios e direitos fundamentais e um complexo e abrangente sistema de controle de constitucionalidade das leis, em uma democracia constitucional como o Brasil, indica para um modelo constitucional no qual o Poder Legislativo não usufrui de uma supremacia incontestável e nem é o representante de uma soberania popular infinita e, por conseguinte, não dispõe de total liberdade na determinação de fins e valores no plano legal⁴⁰. Por um lado, o exercício do Parlamento é limitado e condicionado pelas normas e princípios constitucionais e, de outro, é limitado e moderado institucionalmente, por própria atribuição constitucional, pelo exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário.

³⁷ ARRUDA, José Maria. *Os paradoxos da democracia no liberalismo: crítica à concepção liberal de estado de direito* a partir de Carl Schmitt. João Pessoa: Problemata, 2011. p. 105. v. 2.

³⁸ KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: M. Fontes, 1993. p. 142.

³⁹ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 16.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 175.

Essa convivência, no plano constitucional, entre o regime democrático, com seus órgãos e procedimentos de representação e exercício da soberania popular, com um extenso e generoso catálogo de direitos fundamentais legalmente vinculados a uma jurisdição constitucional energicamente abrangente está fadado a produzir sérias dificuldades na definição de limites entre as competências do domínio legislativo e as funções do domínio judicial⁴¹.

Muito embora a escolha pelo constitucionalismo liberal não tenha determinado a adesão imediata a um regime democrático em grande parte dos Estados que instituíram constituições escritas nos dois últimos séculos, a primeira nação já acolheu um sistema democrático-constitucional.⁴² A constituição norte-americana tem como princípios a limitação do poder, uma declaração de direitos e um sistema de governo republicano no qual os ocupantes de cargos executivos e legislativos são submetidos pelo voto do povo, de tal forma que a tensão entre democracia e constitucionalismo, sobretudo entre democracia e jurisdição constitucional, já nasce desta primeira constituição.

O caso *Marbury vs. Madison* não foi apenas a gênese histórica do controle difuso de constitucionalidade das leis. O Poder Judiciário norte-americano ao proferir a decisão de 1803, declarando inconstitucional ato emanado por autoridade pública em um país democrático, converteu uma mera ideologia liberal em um verdadeiro princípio-político⁴³. Foi o primeiro enunciado concreto, no âmbito das instituições públicas do Estado, feita na primeira democracia constitucional, de que a constituição era um óbice jurídico ao poder público, mesmo que a afronta decorresse do próprio conjunto de representantes do povo, eleitos democraticamente⁴⁴.

A decisão proferida pelo Juiz Marshall erigiu os dois grandes conflitos interiores do regime: o paradoxo entre constitucionalismo e governo democrático, e a tensão entre o controle judicial da constitucionalidade de leis e atos administrativos e a legitimidade democrática dos atos de autoridades do legislativo e executivo, eleitas pelo povo.

⁴¹ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 175.

⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999. p. 58.

⁴³ MENDES, Hübner Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

⁴⁴ MELLO, op. cit., p. 17.

Em que pese ter afirmado anos mais tarde, no caso *McCulloch v. Maryland*, ser da natureza intrínseca dos regimes políticos adotantes de uma constituição escrita a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contrários a lei maior, John Marshall explicitou no julgamento de 1819 que o Poder Judiciário deve apenas em casos excepcionais declarar nulas leis inconstitucionais, sob pena de violação da competência legítima do Poder Legislativo. Essa percepção por parte da Suprema Corte americana, auxiliou para que houvesse uma predominância do princípio democrático sobre o ideal de uma constituição como limite ao governo e um papel de guardião da lei maior por parte do Poder Judiciário⁴⁵. De fato, somente na chamada era *Lochner*, no século XX, a Suprema Corte teria uma postura atuante, como efetivo guardião da constituição, numa postura conhecida como *Substantive due process*⁴⁶.

O exercício do controle de constitucionalidade (*judicial review*) pelos juízes e tribunais apresenta, à primeira vista, dois problemas de justificação, à luz do princípio democrático. Um de caráter temporal e o outro de caráter semântico⁴⁷.

O primeiro problema, de caráter temporal, consiste na vinculação da vontade política atual (representada nas leis produzidas pelo poder público) às decisões de uma maioria democrática eleita no passado (contidas nas normas constitucionais e elaboradas pelo poder constituinte originário). Tal vinculação, *prima facie*, discrepa com fato de que o princípio democrático de autogoverno apregoa que os titulares da geração atual do poder devam decidir seu destino, elaborando as normas que regerão a vida em sociedade⁴⁸. Do contrário, instaurar-se-ia um “governo sobre os mortos vivos”⁴⁹.

O segundo problema, de natureza semântica, fundamenta-se no déficit de legitimidade democrática de juízes e tribunais não eleitos e desprovidos de responsabilidade eleitoral no que se refere à invalidação de decisões dos membros do Poder Legislativo e Poder Executivo, representantes da maioria do povo. Essa dificuldade se agrava quando as decisões

⁴⁵ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 19.

⁴⁶ CASTILHO, Ricardo. *Direito humanos: processo histórico evolutivo no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 212.

⁴⁸ Ibidem, p. 217.

⁴⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?* Rio de Janeiro: Revista do Direito e do Estado, [s.d.]. p. 57. v. 2.

judiciais se fundamentam em princípios constitucionais de alto grau de abstração e densidade moral, como os direitos fundamentais⁵⁰, objeto central do presente estudo.

No Brasil essas dificuldades se agravam ainda mais diante da adesão do controle difuso de constitucionalidade, onde não somente o órgão de cúpula do Poder Judiciário, mas todos os juízes e tribunais podem afastar o produto da deliberação do Poder Legislativo. No que tange ao controle de constitucionalidade de emendas constitucionais à luz das cláusulas pétreas, constata-se um aumento desses paradoxos democráticos-constitucionais, basicamente em dois fatores⁵¹.

O primeiro fator consiste na própria existência de cláusulas pétreas, nas democracias constitucionais. Sendo elas verdadeiros limites materiais ao poder de reforma constitucional, só podem ser abolidas mediante a instalação de um novo poder constituinte originário, já que, sendo cláusulas intangíveis, revela-se proibida sua supressão por meio de emendas constitucionais. Como é impossível, irracional e inseguro, uma contínua sucessão de ordens constitucionais, parece claro que a impossibilidade de alteração das cláusulas pétreas por meio de emendas constitucionais, consubstancia-se em um verdadeiro “governo dos mortos sobre os vivos”, o que reforça o problema temporal, exposto anteriormente, na relação constitucionalismo e democracia⁵². A respeito da legitimação democrática da inserção de valores em cláusulas intangíveis, e a consequente imposição de um “governo dos mortos sobre os vivos”, o constitucionalista argentino Jorge Vanossi assenta:

[...] antes de um problema jurídico, tratar-se ia de uma questão de crença, a qual, como tal, não parece muito natural possa servir de fundamento para que a geração dos constituintes originários pretenda atar pelos séculos as mãos dos futuros constituintes reformadores, que hão de pertencer, logicamente, a gerações vindouras (com o que se impediria de concretizar que cada geração fosse artífice do seu próprio destino).⁵³

Outros autores como Gilmar Mendes, apregoam a possibilidade jurídica da superação dos limites ao poder de reforma, principalmente as cláusulas pétreas, caso se

⁵⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?* Rio de Janeiro: Revista do Direito e do Estado, [s.d.]. p. 57. v. 2.

⁵¹ Ibidem, p. 59.

⁵² Ibidem, p. 59.

⁵³ VANOSSI, Jorge Reinaldo. Teoría constitucional: I teoría constituyente, poder constituyente: fundacional; revolucionário; reformador. In: BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20.

recorra à um processo especial que contasse com a participação do povo, ou em outras palavras, “mecanismos legitimados por meios democráticos.”⁵⁴

O segundo fator advém do fato de que os direitos e garantias fundamentais, previstos nas democracias constitucionais, se consolidam, via de regra, em valores e princípios constitucionais marcados por alta abstração semântica e densidade moral. Esse caráter, de certa forma, “impalpável” e sua fluidez, inerente às normas de caráter filosófico principiológico, amplificam a liberdade de atuação do juiz na invalidação de normas e atos normativos provenientes das decisões supermajoritárias do Poder Legislativo. Soma-se isso ao fato de que as desmedidas diferenças ideológicas entre integrantes de uma sociedade pluralistas, como o Brasil, tornam o exercício de controle de constitucionalidade mais complexo e subjetivo, tendo em vista a atividade interpretativa dos juízes e tribunais.

Nesse sentido, a positivação de direitos e garantias fundamentais em cláusulas pétreas se consolida em uma *autoconfiança* e *confiança injustificadas*: *autoconfiança*, no sentido de que a inclusão de valores considerados fundamentais nas constituições, presume-se que inexistirão dúvidas a respeito do caráter fundamental e da concordância democrática a respeito de sua aplicação e interpretação. *Desconfiança*, pois, ao entrincheirar os direitos fundamentais, implica que o legislador constituinte originário presume que qualquer concepção alternativa acerca do conteúdo, aplicação e interpretação estará equivocada, tendo, portando que situa-los em acime do alcance do poder de revisão das gerações futuras⁵⁵.

Portanto, se em um regime democrático, as decisões e deliberações política e moralmente consideráveis, tais quais os direitos e garantias fundamentais, devem ser tomadas, preferencialmente através de um órgão munido de legitimidade democrático como o Poder Legislativo, a invalidade de emendas constitucionais que giram em torno dessa questão pelo Poder Judiciário aparenta, à princípio, apresentar uma contrariedade democrática.⁵⁶

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade: possibilidade jurídica de sua superação. *AJURIS - Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, n. 60, p. 249-254, 1994.

⁵⁵ WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. In: BRANDÃO, Rodrigo. *São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?* Rio de Janeiro: Revista do Direito e do Estado, [s.d.]. p. 60. v. 2.

⁵⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?* Rio de Janeiro: Revista do Direito e do Estado, [s.d.]. p. 59. v. 2.

1.3 A concepção substancialista (ou substantiva) e procedimentalista da constituição

Como já tratado no presente trabalho, a democracia constitucional é uma tentativa de atender o problema lançado por Rousseau às sociedades políticas há mais de dois séculos. Vale dizer, portanto, que a constituição ideal deve coordenar a garantia e proteção dos direitos fundamentais, com a garantia de que as normas e proteções desses bens e valores, sejam fruto de um debate público abertos à participação livre igual dos associados⁵⁷.

As concepções e teorias que versam sobre a democracia constitucional, contemplam, de um lado, teorias minimalistas da constituição, que reduzem o princípio constitucional em favor da democracia deliberativa balizada na soberania popular, e de outro lado concepções que ampliam a constituição em detrimento do elemento democrático, atribuindo ao Poder Judiciário um protagonismo sobre os outros órgãos, na concretização das normas constitucionais, sobretudo os direitos fundamentais⁵⁸. Dentre essas teorias, a corrente procedimentalista, liderada por autores como John Hart Ely, Jürgen Habermas, Antoine Garapon entre outros acentua o princípio democrático em detrimento da força valorativa da constituição, enquanto, em sentido, oposto, a corrente substancialista, ou substantiva, defendida por autores como Mauro Cappelletti, Bruce Ackerman, Ronaldo Dworkin e no Brasil, Paulo Bonavides, Eros Grau, Fábio Konder Comparato e Lenio Streck, entre outros, acentuam a força valorativa da Constituição e atuação da jurisdição constitucional em sua efetividade⁵⁹.

O desdobramento do debate entre a corrente procedimentalista e substancialista é enorme. No Brasil, bem como em outros países considerados “em desenvolvimento, o debate gira em torno do papel do Poder Judiciário como verdadeiro guardião da constituição e garantidor da efetividade dos direitos fundamentais, mormente no tocante a intervenção dos juízes e tribunais no que tange a efetivação de políticas públicas e direitos fundamentais sociais.

Tanto os procedimentalistas como os substancialistas partem de um mesmo ponto: ambas as concepções estão tratando de modelos democráticos, reconhecendo, inclusive

⁵⁷ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 172.

⁵⁸ Ibidem, p. 172.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectiva e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 257, 2003.

um papel estratégico do Poder Judiciário nas constituições⁶⁰. A diferença constitui-se portanto em uma visão formal ou procedimental da constituição, em detrimento de uma concepção material ou substancial da constituição e vice-versa.

1.3.1 A concepção procedimentalista da democracia deliberativa

A corrente procedimentalista, constitui-se em importante segmento da teoria constitucional contemporânea que mantém um forte apego a uma filosofia política que considera o princípio democrático como eixo-político dos Estados modernos⁶¹. Esse segmento tem como gênese o pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. Para o filósofo genebrino, o contrato social constitui-se em instrumento de superação do estado de natureza.

Diferentemente de John Locke e Thomas Hobbes, que concebiam o estado natural como império da violência e insegurança contra a vida e propriedade, Rousseau, admitindo que o pacto permite ultrapassar o reino da força e escravidão, propõe que o contrato social garante ao homem a verdadeira liberdade, liberdade civil e também a propriedade que somente existiria graças ao contrato social. Apenas o pacto social asseguraria a liberdade civil e a propriedade e a igualdade formal entre os indivíduos, como assentado em passagem do *Contrato Social*: “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui”⁶². Ocorre que a autonomia pré-política não resiste ao pacto social⁶³. As cláusulas do contrato reduzem a uma só, que constitui a alienação total de cada associado, com todos seus direitos, a toda comunidade⁶⁴. Dessa forma, a passagem no *Contrato Social* em que Rousseau apregoa que o problema do contratualismo é encontrar um modelo de Estado que compreenda a proteção da liberdade e propriedade do indivíduo, bem como garantia de autogoverno, é enganadora⁶⁵.

A princípio, essa conjectura sugere a adoção de uma fórmula que crie uma possibilidade de coexistência da autonomia pública e privada na sociedade produzida pelo

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectiva e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 262, 2003.

⁶¹ PIZZI, Jovino. *O conteúdo moral do agir comunicativo: uma análise sobre os limites do procedimentalismo*. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 144.

⁶² ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 26.

⁶³ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 35.

⁶⁴ ROUSSEAU, op. cit., p. 30.

⁶⁵ MELLO, op. cit., p. 36.

pacto social, mediante a garantia de liberdades individuais, antecedentes ao pacto, sem sacrifício da liberdade política, que traduz-se na capacidade dos membros do modelo estatal participar das decisões políticas e condicionadas a se sujeitar apenas ao Direito posto por eles mesmo. Ocorre que, como já mencionado, essa proposição carece de veracidade, uma vez que, para Rousseau, a liberdade é apenas compreendida como liberdade política, sendo esta o único direito intangível pelo pacto social. Como já mencionando, em sua obra, Rousseau deixa claro que o contrato social implica em uma renúncia total de sua liberdade em prol da comunidade⁶⁶. O único direito garantido pelo pacto é, portanto os direitos políticos, o direito de participar das deliberações e decisões públicas da comunidade formulada mediante o pacto⁶⁷.

A contradição na formulação do filósofo do iluminismo, indica um desequilíbrio na tentativa de construir um modelo de estado que coexista a soberania popular com a garantia. A teoria contratualista do pensador de Genebra, não permite fundamentar os direitos e garantias fundamentais com o regime democrático, tendo em vista que o seu modelo de Estado implica na renúncia de todos os direitos, como já explicitado. Porém, os membros da sociedade não devem se preocupar com seus direitos naturais já que, sendo titulares do poder, seus direitos jamais estariam ameaçados por um “soberano”⁶⁸.

Essa concepção democrática extraída do pensamento de Jean-Jacques Rousseau, é a principal fonte filosófica e política de uma gama de teorias e filosofias constitucionais e vivências políticas⁶⁹. Alguns filósofos que apresentam teorias democrático-deliberativa do papel da constituição como Ely e Habermas, e alguns dos já citados representantes da teoria procedimentalista, apresentam uma grande dívida com a filosofia política rousseana⁷⁰.

Na doutrina constitucional dos Estados Unidos, essa solução de Rousseau, para o dilema do conflito entre constitucionalismo e democracia, tem sido considerada a única forma compatível por pensadores influentes. A elaboração do princípio da supremacia da constituição nos Estados Unidos é um fenômeno abrangentemente recepcionado em sua

⁶⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 30.

⁶⁷ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 36.

⁶⁸ Ibidem, p. 37.

⁶⁹ FABRE, Simone Goyard. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 178.

⁷⁰ MELLO, op. cit., p. 37.

doutrina constitucional⁷¹. Provocou veementes reações contrárias, principalmente nos anos iniciais do governo de Roosevelt⁷², período em que as medidas governamentais utilizadas, para enfrentar a crise econômico após a Grande Depressão de 1929, foram ordenadamente declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Essa postura ativista da corte suprema norte-americana, levou uma discussão acerca dos limites entre o princípio constitucional e o princípio democrático, entre a soberania do popular e o entrincheiramento de direitos individuais intáctil pela vontade da maioria⁷³.

A interpretação e aplicação de um conteúdo abstrato vago, tais quais os direitos fundamentais, por um colegiado de juízes não eleitos e isentos de responsabilidade perante os eleitores, aparentou um desvirtuamento inaceitável do ideal democrático, igualmente protegido pela constituição norte-americana. Muito embora o controle de constitucionalidade (*judicial review*) de leis e atos normativos na cultura política dos Estados Unidos fosse aceito, sendo até considerado um de seus maiores feitos, havia um diagnóstico de que a Suprema Corte havia avançado em seu papel institucional, tendo o constitucionalismo avançado desenfreadamente. Sendo assim era preciso retrai-lo para salvar a democracia⁷⁴.

Foi nesse ambiente que surgiu uma das mais debatidas e influentes teorias democráticas procedimentais, exposta pelo jurista John Hart Ely, que teve com inspiração a nota de rodapé mais famosa da história do direito constitucional, a *footnote n. 4* do caso *New York v. Carolene Products Co.*, julgado em 1938 e redigida pelo Juiz Harlan Stone⁷⁵. Os elementos de uma teoria procedimental da constituição foram expostos, de forma concisa, no segundo e terceiro parágrafos dessa nota de rodapé.

A teoria central de Ely é exposta da seguinte maneira:

Minha reivindicação é apenas que a Constituição original foi principalmente, na verdade eu diria esmagadoramente, dedicada a questões de processo e

⁷¹ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 39.

⁷² ESPINOZA, Danielle. *Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada*. Maceió: UFAL, 2009. p. 43.

⁷³ *Ibidem*, p. 43.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 43.

⁷⁵ MELLO, op. cit., p. 38.

estrutura, e não à identificação e preservação de valores substantivos específicos⁷⁶.

Para o jurista norte-americano, a função do Poder Judiciário é a de proteger e ampliar os direitos fundamentais que robustecem a participação das pessoas nas decisões políticas e governamentais. A escolha de valores deve ser decidida por órgãos que possuem representação democrática como o Legislativo e Executivo, desde que seja assegurada a livre discussão de questões políticas e a abrangente participação popular nas tomadas de decisões.

Essa concepção parte de dois elementos. O primeiro é que o valor supremo da constituição norte-americana é a democracia. O segundo de que apenas teoria procedimental da constituição é compatível com o ideal democrático. Essa teoria de Ely, não se constitui em um ideal universalista. Ao contrário, é sistematicamente uma interpretação da constituição norte-americana, no sentido de que o Poder Constituinte Originário não teria abrigado valores filosófico-morais intangível pelo procedimento democrático⁷⁷.

Portanto a teoria procedimentalista norte-americana, de uma forma, manifestou-se como uma ruptura crítica ao ativismo judicial substancialista que havia acolhido a doutrina liberal do *laissez faire*, mediante a cláusula do devido processo legal (*due process of law*) e de outra forma reconheceu o papel da constituição em tão-somente garantir um procedimento democrático justo⁷⁸.

Pouco mais de dez anos depois, o filósofo alemão Jürgen Habermas sustenta também que o controle de constitucionalidade desvia o princípio de soberania popular de um regime democrático. Não obstante haver uma interligação entre a teoria deliberativa de Habermas e o procedimentalismo norte-americano de Ely, há algumas diferenças. A teoria do direito do filósofo alemão está introduzida em uma estrutura filosófica mais abrangente e complexa do que os debates do jurista norte-americano. As teorias procedimentais de Ely

⁷⁶ ELY, John Hart. Democracy and distrust: a theory of judicial review. In: MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 40.

⁷⁷ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 40.

⁷⁸ Ibidem, p. 49.

estão dirigidas a construir uma exegese da constituição norte-americana, enquanto Habermas parte de uma constituição universal e geral⁷⁹.

Podem-se destacar dois temas centrais da teoria constitucional procedimentalista elaborada pelo filósofo alemão e consolidada na obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Primeiro Habermas procura dirimir a tensão entre constitucionalismo e democracia, estabelecendo uma ligação interna entre esses dois princípios. Em segundo lugar, concebe uma teoria constitucional da democracia deliberativa, limitando a atividade jurisdicional a garantir a efetividade do procedimento democrático que externa a opinião e a vontade dos cidadãos⁸⁰.

O núcleo da teoria habermasiana é que os direitos fundamentais e o princípio da soberania popular, os quais asseguram, respectivamente, a autonomia privada e a autonomia pública, são conceitos co-originiários no processo de constituição objetiva de uma sociedade política⁸¹. Habermas denega um esquema político em que uma forma de autonomia supere ou subordine a outra⁸². Ao examinar as correntes políticas clássicas, Habermas verifica que sempre ocorreu essa tensão entre democracia e direitos fundamentais na história do pensamento político e indica que há uma falta de clareza na convivência entre o *princípio da moral*, onde se originaram os direitos fundamentais, o *princípio do direito*, que concretiza a proteção de tais direitos e o *princípio democrático*, sendo essa falta de clareza de responsabilidade de Kant e Rousseau, já que, nas duas teorias existe um conflito entre os direitos fundamentais e democracia⁸³.

Habermas compromete-se a desintegrar essa rivalidade e manter, harmonicamente, esses dois princípios em um mesmo sistema político ideal, e concebe uma teoria na qual os direitos fundamentais e a soberania popular surgem juntos em uma sociedade democrática e cooperam entre si para evitar a obstrução de um ou de outro, reconhecendo que “os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam duas ideias em cuja luz

⁷⁹ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 63.

⁸⁰ Ibidem, p. 65.

⁸¹ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 43.

⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileira, 1997. p. 138. v. 1.

⁸³ MELLO, op. cit., p. 43.

ainda é possível justificar o direito moderno”⁸⁴. Ocorre que, essa tentativa de conciliar os dois princípios, evidencia a prevalência dos pressupostos democráticos.

Para Habermas, as normas de ação só possuem validade se retiradas de um processo público de deliberação, onde os indivíduos possam ter a oportunidade de apresentar seus argumentos sem constrangimentos e ameaças e desde que essas normas possam ser acatadas pelos indivíduos potencialmente afetados por ela⁸⁵. O autor batiza essa exigência de “princípio do discurso”⁸⁶. Dessa forma, considerando os pressupostos de validade de uma norma, fica evidente a prevalência do princípio democrático em sua teoria do direito como ele mesmo afirma:

Parto da circunstância de que o princípio democrático da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva⁸⁷.

O filósofo de Düsseldorf faz uma veemente crítica da invasão do direito na política e sociedade, criticando a denominada “jurisprudência de valores” recepcionada por pelas Cortes Constitucionais europeias, especialmente a alemã⁸⁸. Com relação à jurisdição constitucional, Habermas sustenta que o Poder Judiciário deve somente ficar limitado a uma postura procedimental da constituição, no sentido de apenas proteger o procedimento democrático. Para ele, o Tribunal Constitucional de uma nação democrática deve ser um guardião de uma tábua axiológica e sim o guardião do acesso ao povo para que no exercício de sua soberania possa decidir a natureza de seus problemas e a possibilidade de solução⁸⁹, o que nesse ponto verifica-se a aproximação com a teoria constitucional de John Hart Ely.

Assim, a tensão entre constitucionalismo e democracia, à luz da teoria procedimental da constituição, tende a apontar na direção do princípio democrático, pois, como Habermas mesmo adverte a legitimidade do direito posto não deriva de uma moral-

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileira, 1997. p. 133. v. 1.

⁸⁵ Ibidem, p. 87.

⁸⁶ Ibidem, p. 87.

⁸⁷ Ibidem, p. 145.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectiva e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 264, 2013.

⁸⁹ Idem. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da criação do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45.

valorativa superior, sendo somente o procedimento democrático, regido pelo princípio do discurso, a única condição de validade do Direito produzido.

1.3.2 A teoria substancialista da constituição

O regime constitucional liberal do século XIX e da primeira metade do século XX, reservava um tímido papel às suas constituições. Elas se limitavam basicamente a organizar o poder, estabelecer o processo legislativo, sendo o direito monopólio do Poder Legislativo. O minimalismo constitucional, teoria constitucional que sintetiza o positivismo jurídico de Hans Kelsen, era a regra nas democracias liberais. Entretanto, após a 2ª guerra mundial, desabrochou um novo tipo de constitucionalismo⁹⁰.

As constituições do segundo pós-guerra romperam com o minimalismo constitucional das democracias liberais. Essas constituições, muito embora ainda mantivessem a tradicional função de organizar o poder e o processo de produção legislativa, regiram a crise política e moral da civilização humana e às transformações socioeconômicas do século XX⁹¹. Essa nova teoria constitucional, desloca sua principal função da soberania popular e supremacia do poder legislativo para um novo sistema de direitos fundamentais mais abrangentes, que agrega valores morais, políticos e sociais, rompendo com a tradição minimalista das democracias liberais⁹².

A concepção substancialista da constituição surgiu, e ainda é alvo de longos debates, no direito constitucional norte-americano. A discussão em torno da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade é questão recorrente tanto no direito como na política⁹³. Assim que o Poder Judiciário norte-americano abandonou a doutrina da auto restrição judicial, adotando uma postura ativista na defesa dos direitos fundamentais de cunho liberal, evidenciou-se a tensão entre democracia e constitucionalismo. A acusação era de que o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário consistia-se em prática antidemocrática. Apesar dessas acusações, em 1952, Eugene Rustow publicou artigo que se tornou um marco na concepção substancialista do direito. Para Rustow:

⁹⁰ MENDES, Hübner Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 121.

⁹¹ Ibidem, p. 124.

⁹² MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 84.

⁹³ Ibidem, p. 85.

O ataque à revisão judicial como não democrática sustenta-se na premissa de que a Constituição deveria evoluir sem controle judicial. Os proponentes dessa visão entendem que a Constituição deve significar o que o Presidente, o Congresso e os legislativos estaduais dizem que ela significa⁹⁴.

Essa tese obteve grande aceitação pela Suprema Corte no período durante o qual o tribunal adotou uma postura ativista no sentido de se comprometer com os direitos civis e políticos. Nesta fase o Pretório Excelso americano, presidido pelo *Chief Justice* Earl Warren, determinou o fim da política de segregação racial, a redistribuição dos direitos eleitorais, a proteção da privacidade contra leis que proíbem o uso de métodos anticoncepcionais e a garantia dos direitos dos acusados⁹⁵. Nesse período, outra grande referência doutrinária do direito constitucional norte-americano, foi Alexander Bickel, cujas teorias que versam sobre a intensidade do conflito entre constitucionalismo e democracia, tornaram-se mais importante ferramenta de defesa da defesa do caráter democrático do controle de constitucionalidade⁹⁶.

Outro grande teórico que contribuiu para a formulação de uma posição substancialista da constituição foi Ronald Dworkin. O jurista norte-americano defende uma concepção constitucional na qual o Poder Judiciário, e principalmente a Suprema Corte, tem a obrigação de fazer a afirmação de valores substantivos da moralidade pública, pressupostos nos direitos fundamentais dos indivíduos. A salvaguarda dos direitos fundamentais mediante o *judicial review* pelo Judiciário é uma marca distintiva de excelência do modelo constitucional norte-americano, devendo ser reconhecido e conservado⁹⁷. Para Dworkin não há garantia de que as decisões tomadas pelo Parlamento ou pelo presidente possam oferecer mais garantia de proteção aos direitos fundamentais do que o exercício do controle de constitucionalidade, só porque os últimos detém uma suposta legitimidade democrática.

Dworkin expõe que as teorias procedimentalistas da constituição, ao defenderem que julgamentos substantivos devem ser evitados, e que apenas devem proteger os direitos que reforçam a procedimento democrático, adotam, na realidade, julgamentos substancialistas. Sua posição é exposta do seguinte modo:

⁹⁴ RUSTOW, Eugene. The democratic character of judicial review. In: MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 86.

⁹⁵ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 87.

⁹⁶ ESPINOZA, Danielle. *Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada*. Maceió: UFAL, 2009. p. 55.

⁹⁷ MELLO, op. cit., p. 87.

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios, não de política – decisões sobre quais direitos às pessoas tem sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais!⁹⁸

No direito constitucional brasileiro, desenvolvido após a Constituição Federal de 1988, há uma clara predileção pelo modelo substancialista. Paulo Bonavides defende enfaticamente uma postura ativista do Poder Judiciário na garantia de direitos fundamentais diante da ineficiência do Estado brasileiro em assegurar-lhes mediante o processo democrático⁹⁹. Gisele Cittadino apregoa que o pensamento constitucional brasileiro interpreta a Lei Maior como uma estrutura de valores cuja materialização se encontra nos direitos fundamentais, tendo o Poder Judiciário a função de garantir esses direitos e consequentemente toda a ordem constitucional¹⁰⁰.

Lenio Luiz Streck também apresenta uma concreta defesa da teoria substancialista da constituição. Em sua obra o jurista gaúcho examina tanto as correntes procedimentalistas como as substancialistas e assume uma posição nesse conflito teórico aventando uma *resistência constitucional* por parte do Poder Judiciário que admita transformar a jurisdição constitucional no defensor das promessas de modernidade proposta pela Carta Magna brasileira¹⁰¹. Para o autor a tese substancialista parte do pressuposto de que a justiça constitucional deve manter um caráter intervencionista, diferentemente da postura minimalista e absenteísta das democracias liberais¹⁰². Portanto, os juízes e tribunais devem adotar uma postura de intervencionismo substancialista com o fito de assegurar o núcleo político transformador da constituição e assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais¹⁰³.

Diferentemente da ideia minimalista da constituição, típica dos países liberais do século XX e do início do século XIX, Lenio Streck parte ideia *maximalista* da constituição, segundo o qual as constituições não mais se limitam a estruturar o Estado,

⁹⁸ DWORKIN, Ronaldo. *Uma questão de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 101.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 551 e ss.

¹⁰⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p. 68.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 27-168.

¹⁰² Ibidem, p. 160.

¹⁰³ Ibidem, p. 161.

organizar o poder, e limitá-lo mediante a separação de poderes e um elenco de direitos fundamentais negativos, mas engloba também direitos sociais devidos pelo poder público através de ações e programas de ação política que visam assegurar o valor constitucional como um todo. Esse novo paradigma de constituição admite a jurisdição constitucional como instrumento realizador da garantia de concretude do projeto constitucional¹⁰⁴.

Essa concepção do jurista gaúcho expõe dois fundamentos de legitimidade da jurisdição constitucional que balizam sua construção teórica. Por um lado, a legitimidade possui um *fundamento histórico*, retirado da “experiência de inúmeras nações”, que indica para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode subsistir sem uma justiça constitucional, de tal forma que ela vem sendo recepcionada pelos países como elemento condicional de legitimidade e credibilidade política das democracias constitucionais. De outro lado a jurisdição constitucional reveste-se de um *fundamento político institucional* decorrente da própria natureza do Estado Democrático de Direito que prevê a soberania e supremacia da constituição, e consequentemente a subordinação do Poder Legislativo à Carta Política¹⁰⁵. Na democracia constitucional contemporânea, a soberania do parlamento cede em face da supremacia da constituição e o princípio da separação dos poderes é vencido pela prevalência dos direitos fundamentais, como bem assentado por Streck:

A ideia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental. O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição originário. Esse reconhecimento do papel da justiça constitucional torna indispensável reconhecer a necessidade da intervenção de um poder (no caso, o Judiciário ou os Tribunais Constitucionais não pertencentes – *strictu sensu* – ao Judiciário), mediante o instrumento de controle de constitucionalidade¹⁰⁶.

Manifestando o seu pessimismo em face do procedimento democrático para levar a cabo o projeto da constituição, Streck presume que a concepção procedimentalista pode fazer sentido nas democracias onde não há problemas de exclusão social e a questão da efetividade dos direitos fundamentais já não encontra mais problemas, uma vez que a

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 95-196.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 95-196.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 99-100.

processo de deliberação do procedimentalismo exige uma comunicação sem constrangimento em uma sociedade já emancipada com indivíduos autônomos¹⁰⁷.

Resta patente que esta exigência encontra-se inaplicável à realidade brasileira, onde a promessa de um Estado Social não foi levada à cabo, o intervencionismo estatal apenas concentrou as riquezas, e os parlamentos, além de não adotarem mecanismos que robustecem seu caráter de “casa do povo”, delegam suas incumbências legislativas ao “decretismo” do Poder Executivo¹⁰⁸.

Verifica-se, portanto que a proposta substancialista de Lenio Streck, situa-se no polo contrário ao ocupado pelas correntes procedimentalistas do direito no âmbito democrático. Á medida que estas radicalizam o comprometimento com o processo e os princípios do regime democrático, o substancialismo de Streck advoga um *maximalismo constitucional*, e um intervencionismo judicial para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais e promover a emancipação social que a Constituição cidadã projeta.

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 164.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 164.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO ÂMBITO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E SEUS ASPECTOS

2.1 Direitos fundamentais e democracia

A tensão entre o princípio constitucional e o princípio democrático é em grande parte fruto da tensão entre direitos fundamentais e democracia. A ideia de direitos fundamentais que se concebeu no constitucionalismo moderno representa em geral a imposição de limites negativos e positivos ao processo democrático. Os direitos fundamentais exercem um papel negativo ou absenteísta quando vedam a prática de alguma conduta por parte do Estado e aos particulares (eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais), e exercem uma função positiva quando impõe ao Estado uma conduta ativa¹⁰⁹. O Estado é, portanto, o principal destinatário dos direitos fundamentais¹¹⁰.

Como já exposto neste trabalho, quando um determinado Estado vive sob o regime democrático, no qual a incumbência da produção legislativa é monopólio do parlamento, a retirada de certos conteúdos normativos do poder de deliberação e decisão de órgãos cujos integrantes foram submetidos ao voto popular, e a consecutiva limitação do sistema democrático por direitos intangíveis, parece chocar-se com a própria razão de ser da democracia. A relação entre direitos fundamentais e democracia é tão rica quanto complexa¹¹¹.

As constituições de países democráticos que levam em seu texto um extenso catálogo de direitos fundamentais, como a Constituição Brasileira de 1988, guardam em si um fator decisivo que expõe a relação entre direitos fundamentais e regime democrático¹¹²: os direitos e garantias fundamentais são pré-comprometimentos adotados pelo Poder Constituinte Originário (ou seja, a própria vontade popular) e transformados em direitos fundamentais concedidos aos indivíduos em face do poder estatal. A escolha dessa posição constitucional aos direitos fundamentais pelo Poder Constituinte Originário significa que: (i) o povo, no exercício de sua soberania, tomou a decisão de emancipar alguns direitos, tidos como fundamentais. (ii) nas reuniões da Assembleia Constituinte, presume-se, que houve

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49.

¹¹⁰ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 243.

¹¹¹ MENDES, Hübner Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53.

¹¹² MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 130.

debates acerca do conteúdo, extensão e eficácia desses direitos até se chegar à decisão de elevar ao status constitucional tais direitos, tirando-os da livre disposição dos órgãos estatais instaurado por esse mesmo Poder Constituinte.

Outro consectário da posição constitucional dos direitos fundamentais é sua diferença diante dos direitos subjetivos infraconstitucionais. Os direitos subjetivos assentados na legislação infraconstitucional são categorias jurídicas instituídas pelo legislador e por eles endereçados, por um lado, aos particulares suscetíveis a ingressarem em relações jurídicas, e por outro lado aos juízes e tribunais devam decidir casos em que estes direitos subjetivos estejam em jogo¹¹³. Já os direitos fundamentais são frutos do Poder Constituinte Originário ou derivado, e não do legislador infraconstitucional. Os direitos fundamentais são espécies legislativas endereçadas pelo parlamento a todo poder público do Estado e aos seus membros individuais e coletivos, de modo que, diferentemente dos direitos subjetivos infraconstitucionais, os direitos fundamentais são dirigidos principalmente ao legislador¹¹⁴.

Além dessa diferença (dimensão normativa e endereçamento) entre direitos subjetivos e direitos fundamentais, há ainda a questão do conteúdo. Enquanto grande parte dos direitos subjetivos possui conteúdo concreto e definido, os direitos fundamentais são munidos, quase que sempre, de um arcabouço normativo impreciso com componentes linguísticos que remontam a categorias da filosofia, justiça, moral ou categorias de cunho político e econômico. Essa peculiaridade do conteúdo, tanto normativo quanto linguístico dos direitos fundamentais é o que dificulta, muitas vezes, sua compreensão e eficácia, uma vez que, antes de sua aplicação, o intérprete precisa definir seu conteúdo¹¹⁵.

A compreensão e aplicação dos direitos sociais (sem embargo, também, dos direitos fundamentais individuais), remetem a elementos econômicos, sociais e administrativos, e por via de regra, consolidam temas tipicamente políticos¹¹⁶. A discussão acerca da tutela dos direitos sociais, que, entre os direitos fundamentais, é a que mais envolve a questão da tensão entre democracia constitucionalismo.

¹¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 113-143.

¹¹⁴ Ibidem, p. 113-143.

¹¹⁵ Ibidem, p. 113-143.

¹¹⁶ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 243.

A decisão sobre assuntos abstratos, morais e políticos envolvidos na eficácia de princípios constitucionais semanticamente escassos, é uma função que em um regime democrático pertence primordialmente aos órgãos de representação política dos indivíduos de uma comunidade, que devem deliberar amplamente, através dos processos de construção da vontade e opinião pública.

Em uma democracia constitucional como o Brasil, a liberdade de disposição legal dos conteúdos constitucionais pelas instituições democráticas evidentemente não é nem pode ser livre, sob pena de virar um regime onde a liberdade não possui uma constituição como parâmetro, sob pena de retroceder ao *minimalismo constitucional*. Mas a normatividade vinculativa da constituição, mormente quando se trata dos direitos fundamentais, não significa uma proteção absoluta dos elementos constitucionais em face do procedimento democrático. Esse tênue equilíbrio em coexistir dois princípios de um mesmo sistema político expõe a relação entre a tutela judicial dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais de cunho prestacional, e a soberania popular.

2.2 Os direitos sociais como direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira

No Brasil, muito embora para a grande maioria das pessoas possa parecer claro a afirmação de que a saúde, educação segurança e demais direitos sociais, são igualmente para o Direito, bens fundamentais, e, dessa forma, assegurados por direitos, garantias e deveres fundamentais, segue havendo discordâncias a respeito se tais direitos são fidedignos direitos fundamentais, ou apenas suscetíveis a um regime equiparado aos direitos fundamentais individuais¹¹⁷.

Uma primeira verificação que se destaca é a de que o Poder Constituinte de 1988 reconheceu uma ampla e heterogênea gama de direitos (fundamentais) sociais, o que, junto a problemas ligados a uma deficiente técnica de sistematização legislativa, acabou por gerar efeitos expressivos para a compreensão do que são os direitos fundamentais sociais¹¹⁸.

Neste diapasão, Ingo Wolfgang Sarlet, percebe que os direitos sociais, abarcam tanto dimensões positivas e negativas, tanto direitos a prestações como também

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 13.

¹¹⁸ Ibidem, p. 14.

direitos de defesa. Para o constitucionalista gaúcho, esta constatação (que rompe com a clássica definição de que os direitos individuais são direitos negativos e os sociais são essencialmente positivos) parte do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva do titular do direito bem como da característica de que os direitos negativos, para sua concretização dependem de uma atitude “positiva” do estado¹¹⁹. Já os direitos a prestações, também possuem uma dimensão negativa, principalmente quando se trata de sua defesa contra ingerências indevidas por órgãos estatais e particulares¹²⁰.

Sarlet, para expor essa dupla dimensão e a quebra da dicotomia entre direitos individuais/positivos, direitos sociais/negativos, exemplifica o direito à moradia. A dimensão negativa do direito à moradia revela-se no direito do morador de bloquear ações do Estado ou particulares que pretendam violar, indevidamente, sua residência. Já sua faceta positiva, encontra-se no direito do indivíduo de ter do Estado acesso à moradia, como previsto no art. 6º¹²¹ da Constituição Federal¹²².

Portanto, tendo em vista que os direitos sociais não apenas implicam direitos positivos, mas também, como exposto, direitos negativos, há de acentuar que a própria Lei Maior incluiu no seu rol de direitos sociais, característicos direitos negativos como o direito à greve, da liberdade de associação sindical, das proibições de discriminação entre os trabalhadores e etc.

Dessa forma, ao realizar uma tentativa de determinação dos direitos sociais, imperioso acatar a vontade do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social, não necessariamente significa que tais direitos estão vinculados à uma atuação positiva do Estado na realização e defesa da segurança social, como meio a contrabalancear desigualdades materiais e como instrumento de assegurar, ao menos, condições de uma vida digna à

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 280 e ss.

¹²⁰ Ibidem, p. 282.

¹²¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 15.

sociedade brasileira¹²³. Essa assertiva se justifica pelo fato de que também são considerados sociais os direitos que garantem e acolhem um espaço de liberdade e a salvaguarda de certos bens jurídicos para determinadas parcelas da sociedade, em virtude principalmente de sua maior fragilidade perante o Estado, mas, acima de tudo social e econômico, como manifestam justamente os direitos dos trabalhadores¹²⁴.

Dessa forma, levando-se em conta o próprio fato de a Constituição Federal de 1988 ter elencado um Capítulo de Direitos Sociais (não obstante os direitos fundamentais estarem espalhados na Carta Política), resta evidente que não há justificativa para dispensar tratamento diferente aos direitos sociais como fundamentais.

Diante da complexidade e diversidade e do *status* de “fundamental” dos direitos sociais, para Ingo Wolfgang Sarlet, é imperioso uma análise e discussão acerca da fundamentabilidade dessa categoria de direitos fundamentais. Para o magistrado gaúcho, a noção de direitos fundamentais sociais, como todas as categorias de direitos fundamentais, encontra-se obrigatoriamente ligada ao que se tem chamada de dupla fundamentalidade formal e material¹²⁵, especificamente ao fato de que se trata de categorias jurídicas relevantes na ótica do Constituinte, de tal forma que necessitam de uma tutela fortalecida e exclusão da disponibilidade dos poderes do Estado.

Destarte, fixa-se o entendimento da tese de que todos os direitos sociais na ordem constitucional brasileira são direitos fundamentais, estejam eles situados no Título II da Carta Magna ou disseminados pelo texto constitucional, ou, ainda, encontrados em tratados internacionais cujo Brasil assinou e incorporou conforme expresso no art. 5 da CF¹²⁶. Portanto, como consequência desse entendimento em proveito da fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional pátria, tais direitos compartilham do regime da dupla

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 16.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direito público em tempo de crise: estudo em homenagem a Ruy Ruben Rusche*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 140 e ss.

¹²⁵ Idem. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 87 e ss.

¹²⁶ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais¹²⁷. Deste modo, além de estarem protegidos contra uma eventual reforma por parte do Poder Constituinte Derivado, através das cláusulas pétreas no Art. 60, § 4º, inciso IV da CF¹²⁸, os direitos sociais também estão sujeitos ao artigo 5º, § 1º¹²⁹, que dispõe que todas as normas de direitos fundamentais devem ter aplicação imediata¹³⁰.

2.3 Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988

Na seara constitucional universal a ordem social, tal qual a ordem econômica, obteve perspectiva jurídica no momento em que as constituições passaram a regulamentá-la sistematicamente, tendo início com a Constituição Mexicana de 1917¹³¹. Na democracia constitucional brasileira, a primeira Carta Política a dispor sobre a ordem social e econômica foi a de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, e seguiu-se assim até a Constituição de 1988.

Nas constituições brasileiras anteriores, os direitos sociais estiveram no capítulo referente à ordem econômica. Com o advento da Lei Maior de 1988, os direitos sociais passaram a ter um capítulo específico (capítulo II do título II) e um título especial sobre a ordem social (título VIII). Como já ressaltado, isso não implica em uma drástica separação, como se os direitos sociais não fossem algo congênito na ordem social. Essa aproximação resta evidente na leitura do Art. 6º, que dispõe que são “direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. A forma que o referido artigo refere-se é a dada especificamente no título da ordem social¹³². Ao separar a matéria, o legislador constituinte não acolheu aos melhores parâmetros metodológicos, mas possibilitou ao operador e aplicador do direito a possibilidade de retirar, tanto da parte em que a Constituição dispõe acerca dos direitos sociais, tanto da parte que trata da ordem social, aquilo forma o conteúdo dos direitos concernentes a cada um dos objetos

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 17.

¹²⁸ § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

¹²⁹ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹³⁰ SARLET, op. cit., p. 17.

¹³¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 285.

¹³² Ibidem, p. 285.

sociais previstos no texto constitucional, de forma que no título da ordem social, o constituinte deixou para tratar de seus mecanismos e dimensões organizacionais¹³³.

Segundo José Afonso da Silva, não é tarefa fácil separar os direitos sociais dos direitos econômicos¹³⁴. Enquanto o direito econômico possui uma perspectiva institucional, os direitos sociais compõe-se de formas de tutela individual. O direito econômico é o direito da promoção de certa política econômica¹³⁵, enquanto os direitos sociais disciplinam situações individuais ou coletivas de cunho concreto.

Pode-se afirmar, na lição de José Afonso da Silva, que os direitos econômicos integrarão pressupostos da subsistência dos direitos sociais, uma vez que, na ausência de uma política econômica orientada para a interferência e atuação estatal na economia, não se compreenderão as premissas necessárias à concepção de um Estado Democrático de Direito apto a tutelar os necessitados¹³⁶.

À luz da Constituição Federal de 1988, José Afonso da Silva classifica, com base nos arts. 6º ao 11º, nos seguintes grupos: (a) direitos sociais relativos ao trabalhador; (b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo este os direitos à saúde, a previdência e assistência social; (c) direitos sociais relativos à educação e a cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente¹³⁷.

O conceituado autor também faz uma distinção entre direitos sociais do homem como produtor. A primeira categoria compreende: a liberdade de instituição sindical (mecanismo de ação coletiva), o direito de greve, o direito de o trabalhador escolher as condições de seu trabalho (contrato coletivo de trabalho), o direito de cooperar na gestão da empresa (co-gestão ou autogestão) e o direito de obter um emprego, que são previstos nos arts. 7º a 11º. A segunda categoria (direitos sociais do homem como consumidor) compreende: os direitos à saúde, à segurança social (segurança material), ao desenvolvimento intelectual, o equivalente acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura e

¹³³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 285.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 285.

¹³⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 135.

¹³⁶ SILVA, op. cit., p. 286.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 287.

garantia do desenvolvimento da família que estão dispostos no já mencionado art. 6º e no título da ordem social¹³⁸.

2.4 Os direitos fundamentais sociais positivos (ou prestacionais) e seu objeto

Como já exposto no presente trabalho, os direitos fundamentais individuais (de defesa) são caracterizados pela sua natureza predominantemente negativa (não obstante, como também já exposto, podem possuir também caráter positivo, a depender da posição jurídico-subjetiva de seu titular), tendo por objeto abstenções por parte do Estado (e também dos particulares, levando-se em conta a natureza horizontal de incidência dos direitos fundamentais), no sentido de resguardar o indivíduo de eventuais interferências em sua autonomia pessoal, enquanto que os direitos fundamentais sociais prestacionais (desse modo em sua dimensão positiva, sem esquecer que os direitos sociais também podem ter natureza negativa) têm por objeto atitude positiva do Estado, ou dos particulares, o que consiste numa prestação de caráter fático¹³⁹.

Dessa forma, enquanto a principal função dos direitos de defesa é limitar a atuação do Estado, os direitos sociais demandam por uma atuação positiva na seara econômica e social. Ao contrário dos direitos de defesa, que almejam conservar uma situação já existente, um não-fazer, os direitos sociais deduzem que o Estado (ou a quem for endereçado) coloquem a disposição do titular do direito a prestação que incorpora o seu objeto¹⁴⁰. Assim sendo, os direitos sociais não se caracterizam um direito de igualdade, balizado em conteúdos axiológicos que acarretam em um tratamento uniforme aos integrantes da sociedade, mas sim consiste em um direito das preferências e das desigualdades, em outras palavras, um direito discriminatório com fins compensatórios¹⁴¹.

Além dos direitos sociais, Ingo Wolfgang Sarlet, ensina que existem outros direitos fundamentais, cujo cerne é mais abrangente, de forma que os direitos sociais integram espécie do gênero “direitos a prestações”¹⁴². Essa constatação parte da ideia de que os direitos políticos positivos, os direitos à participação na organização e procedimento e os direitos à

¹³⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 285.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 283.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 283.

¹⁴¹ FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 126-127.

¹⁴² SARLET, op. cit., p. 283.

tutela do exercício do Estado na forma de Estado Social, não devem ser classificados como direitos sociais, uma vez que mais se caracterizam com as clássicas atribuições do Estado Democrático de Direito¹⁴³. O objetivo dos direitos sociais prestacionais apoiam-se justamente na realização e garantia de condições materiais para, então, o indivíduo, poder fruir de suas liberdades.

Portanto para definir o objeto dos direitos sociais, torna-se imperioso a análise concreta das circunstâncias singulares de cada direito fundamental que se encaixe no grupo em exame, sendo difícil estabelecer e definir seu objeto de forma abstrata e subjetiva.

Para que se possa ter uma noção da gama de direitos prestacionais do Estado, para contribuir na problemática dos direitos sociais prestacionais, Sarlet, tomando como base a doutrina germânica, divide as prestações estatais (que podem, *a prima facie*, ser objeto dos direitos sociais) em quatro grupos, a saber: (a) prestações sociais *strictu sensu*, como a assistência social, aposentadoria, saúde, estímulo da educação e do ensino e etc. (b) concessões materiais em geral não dispostas no item anterior. (c) prestações de natureza prestacional na seara da diligência social, como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água etc. (d) atividade em bens comunitários que não se emoldam no item anterior, como, à título de exemplo, a participação em recursos naturais de domínio público¹⁴⁴.

Esta sistematização não constitui-se em um catálogo fechado e insuscetível de amplificação, servindo além disso, para afirmar uma das diferenças fundamentais entre os direitos de defesa e os direitos sociais, uma vez que estes, principalmente, reivindicam uma atuação positiva do legislador e do Poder Executivo, no sentido de efetivar a prestação objeto do determinado direitos fundamental¹⁴⁵.

2.5 A natureza e relevância econômica dos direitos sociais prestacionais

Não obstante o idealismo e engajamento dos que defendem e se batem pela causa dos direitos sociais prestacionais, à ponto de afirmarem que a hermenêutica dos direitos sociais não se trata de lógica mas sim de consciência social do sistema jurídico por completo,

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 284.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 284.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 284.

é necessário reconhecer que a concretização dessa categoria de direitos fundamentais não depende da boa vontade dos intérpretes e aplicadores do direito, uma vez que, substancialmente, estão vinculados a fatores de ordem econômica, alheios à normatividade jurídica e, dessa forma, impossíveis de serem realizados apenas por palavras¹⁴⁶.

Precisamente pelas circunstâncias de os direitos sociais terem, em regra, por escopo prestações por parte do Estado, no sentido deste destinar, distribuir e criar bens materiais, verifica-se a estes direitos uma dimensão econômica, não obstante, como já exposto pela lição de Sarlet, todos os direitos fundamentais, possuírem também uma dimensão positiva, e assim de natureza igualmente econômica¹⁴⁷ (como se verá no próximo subitem) Já os direitos de defesa (de 1º geração), podem, à princípio, serem direitos considerados desprovidos deste caráter econômico, uma vez que seu objeto, consistente em uma abstenção por parte do estado, poder ser tutelado judicialmente sem a necessidade de uma implicação econômica quanto à sua concretização¹⁴⁸.

O avanço dos estudos teóricos sobre direitos fundamentais, sob a égide do chamado neoconstitucionalismo tem submetido a uma severa análise alguns dos mais recorrentes tabus do direito constitucional¹⁴⁹. Um desses tabus é justamente a ideia de que os direitos sociais apresentam um custo aos cofres públicos, e os direitos de defesa, por consistirem em uma atitude de não-fazer, são isentos de qualquer tipo de custo. Atualmente essa distinção entre direitos fundamentais de defesa, e direitos fundamentais sociais, não pode mais ser sustentada.

Hoje, o neoconstitucionalismo admite que a satisfação dos direitos fundamentais sempre envolve um custo, sendo tal pensamento desenvolvido, em grande parte pela doutrina norte-americana através dos autores Stephen Holmes e Cass Sunstein na obra

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 712.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 285.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 285.

¹⁴⁹ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 163.

The cost of rights: why liberty depends on taxes e na doutrina nacional por autores como Gustavo Amaral e Flávio Galdino¹⁵⁰.

2.5.1 O custo dos direitos fundamentais

Na esteira da obra de Holmes e Sunstein, a realização de direitos fundamentais sempre vai envolver custos, sejam esses direitos fundamentais de defesa ou direitos fundamentais sociais. Um dos exemplos utilizados é o sistema penal como meio de tutela estatal dos direitos fundamentais. A *ultima ratio* do sistema penal seria justamente a tutela da mais ampla gama de bens jurídicos objetos de direitos fundamentais vinculados aos direitos de defesa, como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade de expressão, a liberdade sexual, o patrimônio e etc. Dessa forma, resta evidente que a subsistência do sistema penal demanda a existência de órgãos públicos de prevenção, repressão e punição de crimes, exigindo, para tanto o gasto de uma enorme quantia de recursos públicos¹⁵¹.

Igualmente, para exercer os direitos políticos, é necessário a instituição e manutenção de um vasto arranjo burocrático incumbido de organizar o sistema de alistamento eleitoral e de realizar todos os tipos de demandas eleitorais, sendo que tanto o mecanismo eleitoral, quanto o próprio processo eleitoral, exige o gasto de recursos financeiros públicos. Quando se compara a instauração e manutenção de órgãos públicos e procedimentos destinados a garantir a concretização dos direitos de defesa e dos direitos políticos, bem como a alocação de recursos destinado a estes fins, com a instituição e manutenção de órgãos voltados à assegurar a eficácia dos direitos sociais, nota-se que o fundamento do argumento da diversidade de tratamento jurídico, às categorias de direitos fundamentais, comporta um forte componente ideológico¹⁵².

Nessa esteira, Flávio Galdino sustenta que o que realmente frustra a concretização de determinado direito fundamental não é a exaustão de recursos econômicos, mas sim a escolha política de não gastar dinheiro com um direito em detrimento de outro. O argumento da escassez orçamentária seria unicamente para encobrir as escolhas que o poder

¹⁵⁰ Cf. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. AMARAL, Gustavo. *Direito: escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁵¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. In: MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 168.

¹⁵² GALDINO, op, cit., p. 214.

público fez na aplicação de recursos financeiros destinados à tutela de direitos fundamentais¹⁵³.

A análise econômica que alguns autores como os já mencionados Stephen Holmes e Cass Sunstein submeteram da clássica separação entre direitos negativos e direitos positivos, e o argumento de que a eficácia dos direitos positivos dependem de recursos materiais, possibilitou o esclarecimento do quanto a questão do custo econômico da tutela dos direitos fundamentais está influenciada por algumas opções ideológicas¹⁵⁴. O pensamento de Holmes e Sunstein e dos mencionados autores brasileiros filia-se à teoria econômica do direito, e dessa forma qualifica-se por um acento economicista, de forma que assimilam o custo financeiro à própria ideia de direitos.

A concepção de Holmes e Sunstein, portanto, evidencia, por um lado, que não se pode mais conservar a dicotomia entre direitos negativos e direitos positivos apenas no parâmetro da relevância econômica e por outro lado a eficácia dos direitos fundamentais sociais não se encontra somente na submissão de uma decisão judicial ou no reconhecimento de sua eficácia jurídica¹⁵⁵.

Dessa forma, não há como contestar que todos os direitos fundamentais podem acarretar em um custo, de tal forma que essa característica não pode reduzida apenas aos direitos sociais prestacionais.

2.5.2 O “maior custo” dos direitos fundamentais sociais prestacionais

Apesar dessa constatação, o “elemento custo”, integrante de todos os direitos fundamentais, nunca foi fator restritivo para a imediata aplicação dos direitos fundamentais de caráter negativo pelo Poder Judiciário. Desse modo, os direitos de defesa possuem uma neutralidade econômica (não obstante, ressalte-se, todos os direitos possuem um custo), de tal forma que, para sua realização não tem sido apontado a dependência de

¹⁵³ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2005. p. 214.

¹⁵⁴ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 168.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 288.

alocação de recursos financeiros públicos, nem a sua expressão econômica¹⁵⁶. Já no que diz respeito aos direitos sociais a prestações, esse fator econômico, ou seja, seu “custo” apresenta especial destaque no contexto de sua realização, de tal forma que sua concretização depende da disponibilidade de recursos econômico-financeiros¹⁵⁷.

No argumento de que há diferenças entre os direitos de defesa e políticos e os direitos sociais no que diz respeito à quantidade de recurso financeiro aplicado em sua efetivação (não obstante, como exposto, todos os direitos fundamentais possuírem um custo), Virgílio Afonso da Silva sustenta que a concretização dos direitos fundamentais sociais “custa mais dinheiro”, e diferencia “gastos oficiais” que seriam as despesas comuns a todos os direitos fundamentais, como por exemplo, a aplicação de recursos com o sustento das instituições políticas e judiciais que estão disponíveis à tutela de todos os direitos fundamentais, e gasto específico na realização dos direitos fundamentais sociais, de forma que o autor compreende que os gastos oficiais devam ser excluídos na comparação entre direitos de defesa e direitos sociais¹⁵⁸.

Outro aspecto da relevância econômica vinculada aos direitos sociais prestacionais é o problema da disponibilidade de seu objeto, ou seja, se o Estado, ou os particulares (a depender do destinatário da norma), encontra-se em plena possibilidade de dispor do direito demandado (prestar o direito que a norma lhe imputa), o que faz com que o destinatário da norma fique dependente da existência dos meios materiais para realizar sua obrigação¹⁵⁹.

No Brasil é evidente que o Poder Público dispõe de limitada capacidade de para realizar os objetos contidos nas normas de direitos fundamentais sociais, de forma que é sustentado por alguns autores, que essa limitação de recursos econômicos constitui-se em limite à aplicabilidade dos direitos sociais¹⁶⁰. Além do problema de disposição, Ingo Sarlet aponta para o problema da capacidade jurídica do Estado de dispor esses recursos financeiros,

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 286.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 286.

¹⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

¹⁵⁹ SARLET, op. cit., p. 287.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 287.

de modo que não adiantaria ter recursos se o Estado não possui essa prerrogativa jurídica¹⁶¹. E é justamente em razão dessas características dos direitos fundamentais sociais prestacionais que se passou a sustentar que a concretização dos direitos sociais dependem de uma “reserva do possível”.

A assim chamada “reserva do possível” compreende, no ensinamento de Ingo Sarlet, três dimensões, quais sejam: a) a disponibilidade factual dos recursos necessários à concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanas, vinculados a divisão das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; (c) e na ótica do titular de um direito fundamental social à prestação, a reserva do possível abrange também o problema da proporcionalidade da prestação, notadamente no que tange à exigibilidade e, nesta seara, sua razoabilidade¹⁶².

A reserva do possível apresenta-se tanto como um tipo de limite jurídico e factual dos direitos fundamentais como também, em determinadas situações como garantia dos direitos fundamentais como, à título de exemplo, na circunstância de conflito de direitos, quando se tratar da alegação, atentando sempre aos parâmetros da proporcionalidade e garantia do mínimo existencial, da indisponibilidade de recursos econômico-financeiros, ou humanos, com a intenção de proteger o âmago fundamental de outro direito fundamental¹⁶³.

É justamente pela questão da relevância econômica dos direitos fundamentais sociais prestacionais que sua realização costuma ser enfrentada como verdadeiro problema de atribuição constitucional, uma vez que, compete ao Estado assegurar, dentro das reservas financeiras-orçamentárias e dos planos econômicos as prestações que compõe os direitos fundamentais sociais¹⁶⁴.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 287.

¹⁶² Ibidem, p. 287.

¹⁶³ Ibidem, p. 288.

¹⁶⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 369.

3 A TENSÃO ENTRE A TUTELA JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A POSSIBILIDADE DE SUA CONCRETIZAÇÃO

3.1 Democracia e tutela judicial dos direitos sociais prestacionais

No Brasil, até a década de 1990, o discurso preponderante da doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais integrantes da Constituição de 1988 eram meras normas programáticas o que obstruía que esses direitos fossem utilizados como fundamento para exigir do Estado, através do Poder Judiciário, a prestação positiva reivindicada¹⁶⁵. Prevalencia as concepções clássicas de Ruy Barbosa e Pontes de Miranda que, com base na doutrina norte-americana, dividiam as normas constitucionais em normas autoaplicáveis e normas não-autoaplicáveis (*self-executing* e *not self-executing*)¹⁶⁶.

As intervenções dos juízes e tribunais, na tutela desses direitos, eram escassas, sobressaindo-se uma visão severa do princípio da separação dos poderes em que se considerava uma intromissão do Poder Judiciário na esfera de competências dos Poderes Legislativos e Executivos as decisões que envolviam o controle e ordenação de políticas públicas direcionado à concretização dos direitos fundamentais sociais¹⁶⁷.

Hodiernamente, a situação inverteu-se. Em todo o estado brasileiro as decisões de juízes e tribunais, no sentido de determinar a concessão de prestações materiais ao titular do direito social, tornaram se corriqueiras. O Poder Judiciário, nos tempos atuais, tem cuidado dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, sendo a via judicial autêntico instrumento de realização desses direitos, para que assim, dessa forma o cidadão titular do direito lute pela inclusão social e, por conseguinte, uma vida digna¹⁶⁸. Esse papel atuante do Poder Judiciário, muito embora seja louvável em um país com altos índices de desigualdade social, acarreta algumas questões intrincadas.

De todos os direitos sociais de cunho prestacional, o direito à saúde vem sendo o principal alvo desses debates. Houve uma efetiva explosão de ações judiciais neste

¹⁶⁵ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 515.

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 244.

¹⁶⁷ SARMENTO, op. cit., p. 515.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 515.

campo, de tal forma que parte considerável dos orçamentos públicos quanto à saúde passou a ser designado ao cumprimento dessas decisões judiciais¹⁶⁹. Por um lado nota-se que o Poder Judiciário, diante desse contexto, vem se preocupando com a realização e concretização dos direitos sociais, mas, por outro não é difícil encontrar decisões judiciais desnorteadas, que acabam por arriscar políticas públicas e criar privilégio para alguns em detrimento de outros¹⁷⁰.

Uma dessas questões, entre muitas outras, é justamente a tensão entre o princípio democrático e o princípio constitucionalista na tutela judicial desses direitos, uma vez que se tratam de direitos com relevância econômica. A principal indagação que se faz é acerca de legitimidade democrática de juízes e tribunais no manejo de recursos econômicos-financeiros nas decisões judiciais que buscam a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

Como já exposto no presente trabalho, e em especial no primeiro capítulo, a democracia representa a soberania popular. No regime democrático, os indivíduos são compreendidos não apenas como os titulares e destinatários das normas jurídicas, mas também como seus criadores, uma vez que na constituição de uma democracia constitucional como o Brasil é possibilitada a participação do indivíduo indiretamente por meio de seus representantes na elaboração dessas normas jurídicas. A democracia concede portanto liberdade aos seus indivíduos ao propiciar que participem, como titulares da soberania, do procedimento de formação dos desejos de sua sociedade.

No clássico modelo de separação de poderes acolhido pelas modernas democracias constitucionais, dois dos poderes são formados por integrantes submetidos ao crivo do voto popular, o Poder Legislativo e o Poder Executivo. No Brasil e na maior parte das democracias constitucionais os integrantes do Poder Judiciário não são eleitos pelo voto

¹⁶⁹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 519.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 520.

do povo e sim por critérios técnicos¹⁷¹. Além de não serem eleitos pelo povo, desfrutam de independência em face dos outros poderes.

E é nessa peculiaridade que se fundamenta os argumentos dos que se opõem ao controle judicial dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário: Questiona-se se os juízes e tribunais, por não serem submetidos ao crivo do voto popular, possuem legitimidade democrática para intervir nas decisões e deliberações dos órgãos compostos por representantes do povo. Decisões estas concernentes à priorização dos gastos públicos e sobre qual a melhor forma de manejar o orçamento especialmente no Brasil onde se vive em um cenário onde os recursos públicos escassos e insuficientes para atender a toda população¹⁷².

A posição dos que defendem que há um *déficit* democrático no controle e tutela judicial dos direitos fundamentais sociais, afirmam que esse cenário de ativismo judicial, implica em um Estado onde as questões fundamentais são deliberadas e decididas por uma elite intelectual composta por magistrados, como se esses tivessem maior aptidão, tanto intelectual como democrática, para decidir os rumos do país¹⁷³.

Através dessa assertiva, afirmam que a tutela judicial dos direitos sociais significaria repassar ao Poder Judiciário um poder excessivo, em que os juízes e tribunais, além de não deterem tal prerrogativa, não estariam aptos. Esse pensamento foi exposto por Michael Walzer:

A proteção judicial dos direitos sociais iria reduzir o alcance das decisões democráticas. De fato, os juízes decidiriam, e, com a acumulação dos casos, eles passariam a decidir cada vez em maior detalhe sobre qual o âmbito e o caráter que deve ter o sistema de proteção social e que tipos de redistribuição são requeridas. Estas decisões iriam claramente envolver do sistema um controle judicial significativo sobre o orçamento estatal e, pelo menos

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidade da norma constitucional da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

¹⁷² WOLKMER; Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989. p. 14.

¹⁷³ SARMENTO. Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 311.

indiretamente, sobre o nível de tributação – que são exatamente as questões sobre as quais foram lutadas as revoluções democráticas¹⁷⁴.

Neste argumento, existem duas indagações a respeito dos direitos fundamentais sociais¹⁷⁵. A primeira é: É legítimo tutelar os direitos sociais? E a segunda é: Esta proteção pode ser conferida aos membros do Poder Judiciário? A primeira questão pode ser afirmada positivamente, uma vez que os direitos sociais são direitos fundamentais e devem ser garantidos e protegidos pelo Estado. Já aos que defendem a ilegitimidade do Poder Judiciário, a segunda pergunta seria negativa, uma vez que os órgãos competentes na tutela de tais direitos seriam o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

3.2 A legitimidade do poder judiciário na tutela dos direitos fundamentais sociais

Analisando o argumento da ilegitimidade da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, o professor Daniel Sarmiento expõe três argumentos que refutam tal acusação¹⁷⁶.

O primeiro deles é acerca do próprio *déficit* democrático das instâncias judiciárias. Para o constitucionalista carioca os órgãos de representatividade como o Poder Legislativo, especialmente no Brasil, não representam mais com tamanha propriedade (não obstante o reconhecimento da conquista do direito ao voto universal ao longo do século XX) os anseios da sociedade que elegeu seus representantes. Essa análise pode ser evidenciada se levado em conta às pesquisas de opinião por todo o país que constata o baixíssimo otimismo depositado pela sociedade nas instituições que os representam como os parlamentos e os partidos políticos¹⁷⁷. Nesse cenário de descrença da sociedade aos seus órgãos de representatividade, a contestação da postura do Poder Judiciário se enfraquece, principalmente quando os juízes e tribunais passam a adotar uma posição ativista em prol dos interesses dos particulares como, em especial, a tutela dos direitos fundamentais sociais¹⁷⁸.

O segundo argumento é relativo ao próprio entendimento sobre o sentido da democracia. Daniel Sarmiento sustenta que, hodiernamente, há uma conformidade no sentido

¹⁷⁴ WALZER, Michael. *Philosophy and democracy*. Disponível em: <http://people.brandeis.edu/~teuber/Walzer_Philosophy+Democracy.pdf>. Acesso em: 25 set. 2013.

¹⁷⁵ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 525.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 527.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 527.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 527.

de que um autêntico regime democrático não se resume simplesmente na possibilidade da nação eleger seus representantes mediante o sufrágio universal com a possibilidade do revezamento no poder. Hoje é recorrente a ideia de que a ideia de democracia também prevê a garantia de alguns direitos considerados fundamentais para toda a sociedade. Este catálogo de direitos fundamentais não deve apenas conter os direitos de defesa do liberalismo, mas também, como afirma Jürgen Habermas, direitos que asseguram condições mínimas para que o indivíduo possa ter uma vida digna e, dessa forma, exercer efetivamente sua cidadania¹⁷⁹. Uma eleição não pode ser justa se uma grande parcela da população necessita de instrução necessária para compreender as linhas fundamentais dos debates eleitorais¹⁸⁰. Portanto, Sem estas condições, somado ainda a realidade de uma inaceitável desigualdade social, torna-se inviável a emancipação do cidadão como agente moral autônomo na formação política da sociedade. Desta forma, o Judiciário ao garantir os direitos sociais, ou seja, ao tutelar e realizar os direitos que dão condição a essa emancipação, estaria resguardando os elementos para o fiel desempenho do regime democrático, e não o deformando¹⁸¹.

O terceiro argumento levantado por Sarmiento diz respeito à característica normativa da Constituição. Esta característica implica no fato de que o Poder Judiciário tem a obrigação de interpretar e aplicar as normas jurídicas que se encontram vigentes em uma lide. Como a Constituição é uma autêntica norma jurídica, e os direitos fundamentais sociais autênticos direitos subjetivos públicos (sem embargo da igual dimensão objetiva dos direitos fundamentais), a tutela judicial dos direitos sociais constitui-se em autêntica e típica função do Poder Judiciário, o que afastaria as acusações de um suposto caráter antidemocrático por parte dos juízes e tribunais nas decisões que buscam efetivar esses direitos¹⁸².

Não obstante a exposição desses três argumentos que legitimam a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos sociais, Daniel Sarmiento alerta ao fato de que essa legitimidade não pode levar ao descuido de se desconsiderar um risco à democracia uma postura excessiva de ativismo por parte do Poder Judiciário. De fato, o autor adverte que

¹⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileira, 1997. p. 160. v. 1.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 175.

¹⁸¹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 529.

¹⁸² Ibidem, p. 529.

transformar os órgãos jurisdicionais no principal centro de deliberações e, principalmente, decisões acerca da escolha dos rumos das políticas públicas do país e, conseqüentemente, a alocação dos recursos previstos no orçamento público tratar-se-ia de uma postura que foge dos anseios democráticos¹⁸³. Esse necessário equilíbrio do papel do Judiciário na democracia, faz com que se conceba um regime onde os juízes e tribunais assumam uma destacada função na tutela dos direitos sociais sem, no entanto, se tornarem os protagonistas nesta seara. Transferir essa responsabilidade ao Judiciário, como resposta à crise de representatividade sofrida no Brasil, não a melhor solução¹⁸⁴.

Dessa forma nota-se que o reconhecimento da força normativa da constituição bem como aceitação da legitimidade do Poder Judiciário na tutela dos direitos sociais, não fulmina a tensão entre democracia e constitucionalismo. Essa tensão é acentuada pelo caráter vago e abstrato das normas constitucionais que consagram os direitos sociais, que não determinam seu objeto a ser pretendido em juízo pelo seu titular.

Daniel Sarmento ensina que essa indeterminação do conteúdo da norma consagrada de direito social era considerada pela doutrina, até pouco tempo atrás, um óbice para a tutela judicial dos direitos sociais. Hodiernamente, diante das concepções substancialistas, tem se imputado maior valor quanto à importância e relevância desses direitos constitucionais¹⁸⁵.

Uma das principais posições substancialistas acerca do conteúdo valorativo dos direitos sociais, bem como a legitimidade do Poder Judiciário em sua tutela é dada por Lenio Streck. Streck parte do pressuposto que o Estado Democrático de Direito constitui-se em uma síntese histórica do Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito¹⁸⁶, tratando-se de um *plus* adicionado ao Estado de Direito. Para o autor gaúcho esse novo paradigma representa uma valorização do jurídico (típica corrente substancialista), e, acerca da relevância e função do Poder Judiciário dispõe que:

¹⁸³ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 530.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 530.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 530.

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 148.

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive a contra maiorias eventuais. A vontade geral implícita no direito positivo [...] é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional¹⁸⁷.

A concepção substancialista apresentada pelo autor brasileiro é no sentido de afirmar que o Poder Judiciário, na proposta constitucional brasileira, não pode assumir uma posição passiva em face à sociedade¹⁸⁸.

Para Streck existe uma virada emblemática na posição substancialista de compreender as atribuições dos juízes e tribunais em uma democracia constitucional, mormente no que tange à tutela dos direitos sociais. Essas atribuições não são construções retiradas do nada, e sim frutos do cenário histórico local, que irá conduzir qual a atribuição que deve ser tomada, assim como os critérios de interpretação das normas. O fundamento deste pensamento consiste em que, se de um modo às normas estruturais da constituição asseguram as características formais da democracia, de outro modo os direitos fundamentais consagrados em seu texto garantem a realização e concretização do aspecto material da democracia¹⁸⁹.

Para Streck, em uma crítica a corrente procedimentalista, o Estado que se cuida de seus aspectos formais estaria incompleto no novo modelo de Estado Democrático de Direito. Não possuiria *plus* que caracteriza esse modelo de democracia constitucional.

Dessa forma, o que o autor propõe no que tange ao valor de uma democracia constitucional como o Brasil é um redimensionamento na ligação entre os Poderes. Os conteúdos materiais das constituições devem ser efetivados mediante a concretização de seus valores substantivos. Se a instância encarregada desta realização mantiver inerte, deve o Poder Judiciário intervir pra o efetivo cumprimento do que Lenio Streck denomina de promessas da modernidade.

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 147-148.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 179.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 182.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, conclui-se que no Brasil e nas democracias constitucionais modernas, os dois princípios que compõe o Estado Democrático de Direito, qual seja, a democracia e constitucionalismo, a princípio, tencionam-se, uma vez que o fundamento de um é conferir o poder ao povo e o outro é limitar este mesmo poder. Esta tensão deu azo a duas correntes acerca do papel do direito em uma democracia constitucional. A corrente procedimentalista conduz o pêndulo dessa tensão ao fator democrático, enquanto a substancialista põe os direitos fundamentais constitucionais na ofensiva, reservando ao Poder Judiciário *status* de guardião desses valores constitucionalmente concebidos.

No segundo capítulo concluiu-se que a tensão entre democracia e constitucionalismo é fruto da tensão entre democracia e a efetividade dos direitos fundamentais, mormente os direitos sociais, que, não obstante existir uma controvérsia a respeito são legítimos direitos fundamentais. Esses direitos, diferentemente dos direitos fundamentais individuais possuem uma relevância econômica (não obstante, como exposto, todos os direitos possuam um “custo”) o que torna sua efetividade mais dificultosa.

No terceiro capítulo aferiu-se que há uma aparente dificuldade democrática na tutela judicial dos direitos fundamentais sociais, uma vez que as decisões judiciais que buscam dar efetividade à esses direitos, implicam na alocação de recursos financeiros, o que, a princípio acarreta em uma “invasão” do Poder Judiciário na esfera dos demais poderes. Na visão substancialista apresentada por Lenio Streck, esta atuação do Poder Judiciário não se trata de uma intromissão, mas sim de uma característica do nosso modelo constitucional.

Conclui-se após a pesquisa que existe, a princípio, uma tensão entre o princípio constitucionalista e o princípio democrático na busca pela efetivação, mediante a tutela judicial, dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988. Esta tensão, no entanto, não traduz-se em uma ilegitimidade democrática do Poder Judiciário de tutelar esses direitos e garantias sociais que a Lei Maior trouxe em texto. Pelo contrário. O modelo de Estado Democrático de Direito incorporado pelo Brasil, em uma visão substancialista do direito, legitima e possibilita reconhecer na Constituição Federal um instrumento para

diminuir o “fosso entre ricos e pobres”¹⁹⁰, conferindo ao Poder Judiciário um papel fundamental na tutela dos direitos fundamentais sociais.

¹⁹⁰ HOBBSBAWN. Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 56.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. *Direito: escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARRUDA, José Maria. *Os paradoxos da democracia no liberalismo: crítica à concepção liberal de estado de direito a partir de Carl Schmitt*. João Pessoa: Problemata, 2011. v. 2.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- _____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo. (Org.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidade da norma constitucional da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- _____. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?* Rio de Janeiro: Revista do Direito e do Estado, [s.d.]. v. 2.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- CASTILHO, Ricardo. *Direito humanos: processo histórico evolutivo no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.
- DAHL, Robert. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedade democrática*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronaldo. *Uma questão de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2000.

ELY, John Hart. Democracy and distrust: a theory of judicial review. In: MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ESPINOZA, Danielle. *Entre substancialismo e procedimentalismo*: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: UFAL, 2009.

FABRE, Simone Goyard. *O que é democracia?*: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. São Paulo: M. Fontes, 2003.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileira, 1997. v. 1.

HOBBSBAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of rights: why liberty depends on taxes. In: MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

JULIEN, Claude. *O suicídio das democracias*. Rio de Janeiro: Arte Nova, 1975.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: M. Fontes, 1993.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade: possibilidade jurídica de sua superação. *AJURIS - Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, n. 60, p. 249-254, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Hübner Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MICHELMAN, Frank. *Brennan and democracy*, 2005. Disponível em: <<http://press.princeton.edu/chapters/s6759.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2013.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PIZZI, Jovino. *O conteúdo moral do agir comunicativo: uma análise sobre os limites do procedimentalismo*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: M. Fontes, 1999.

RUSTOW, Eugene. The democratic character of judicial review. In: MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direito público em tempo de crise: estudo em homenagem a Ruy Ruben Rusche*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência. In: TAVARES. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da criação do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectiva e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 264, 2013.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VANOUSI, Jorge Reinaldo. Teoría constitucional: I teoría constituyente, poder constituyente: fundacional; revolucionário; reformador. In: BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. In: BRANDÃO, Rodrigo. *São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?* Rio de Janeiro: Revista do Direito e do Estado, [s.d.], v. 2.

WALZER, Michael. *Philosophy and democracy*. Disponível em: <http://people.brandeis.edu/~teuber/Walzer_Philosophy+Democracy.pdf>. Acesso em: 25 set. 2013.

WOLKMER; Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.